



ACTIO PUBLICIANA IN REM

Su origen en el Derecho Romano

Autor Dr. Raúl Alberto Calcagno

Abogado egresado de la UBA

Mediador egresado de la UCA

Escribano egresado de la UCALP

Profesor adjunto de Derecho Romano de la UNLZ

ACTIO PUBLICIANA IN REM.-

I.-

INTRODUCCIÓN.-

El presente trabajo, buscara analizar el instituto de la *ActioPubliciana in Rem*, a partir de su desarrollo histórico en Roma, y su caracterización en los ordenamientos jurídicos modernos.

Es importante destacar, en un primer término, la importancia del derecho romano en la conformación de nuestro ordenamiento jurídico, y el rol central de aquellas instituciones que de él se derivan.

La influencia del derecho romano ha vivido a través de la historia para generar cambios, que lo hacen esencial, ya que, por su valor formativo posee un gran interés, recordemos que es la base de casi todas las legislaciones de derecho actual. Por esto es mismo, es imprescindible estudiar el derecho romano como base que nos permita comprender la praxis y aplicabilidad del derecho actual.

Comprender de esta manera que los romanos fueron dueños de una enorme capacidad para aplicar el derecho, derivado de la práctica; lo que nos inspira a comprender y estudiar la praxis jurídica romana, más aun si observamos la base romanista que influyo no solo en el viejo Código Civil de Vélez Sarfield, sino también en el moderno Código Civil y Comercial Argentino.¹

Esto es central a la hora de analizar un instituto como el de la *ActioPubliciana In Rem*

II

CONCEPTOS BASICOS

La *actiopubliciana in rem* o Acción Publiciana, tenía por objeto proteger en el Derecho Romano a la propiedad *bonitaria* o pretoriana, propia del *Ius Gentium*, derecho de gentes.²

¹ Ensayo: ¿Cuál es la importancia del derecho romano en la actualidad?, de Carlos Enrique Gordillo Ramirez, año 2014

² Von Ihering, Rudolf, El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo, tr. E. Príncipe y Santores, Madrid, Bailly, Baillierepág 38

Tener la propiedad *bonitaria* significaba tener las cosas entre los bienes, y esto sucedía cuando se adquiría una *res Mancipi* sin hacer las solemnidades de la *mancipatio* ni de la *in iure cessio*, o sea por simple *traditio*. Este propietario *bonitario* si era ciudadano romano, tenía justo título y buena fe transcurridos los plazos de la *usucapio* (dos años para los muebles y tres para los inmuebles podía pasar a ser propietario civil y usar la *reivindicatio* en caso de desposesión.³

El que tenía la propiedad *bonitaria* no era considerado un propietario de Derecho Civil y por lo tanto no lo protegían las leyes romanas en caso de que fuera privado de su propiedad sin poder ejercer la *reivindicatio* para recuperar la propiedad perdida.

La situación se tornaba compleja antes de la acción Publiciana pues hasta el mismo que había transmitido el dominio podía reivindicarla pues no había perdido su propiedad de Derecho Civil al no cumplir las formas exigidas, pudiendo el adquirente, solamente, oponer la excepción de dolo, procedente solo si se habían hecho gastos conservatorios o mejoras.⁴

En un principio el pretor le concedió al propietario *bonitario* una excepción, la “*exceptio rei venditae et traditae*” que lo protegía solo si aún continuaba poseyendo. Si era un tercero el que lo molestaba podía oponer los interdictos posesorios.⁵

Para remediar estos problemas el pretor *Publicius* otorgó una acción, la *Acción Publiciana in Rem*, acción ficticia por la cual el propietario *bonitario* en proceso de usucapir, era considerado solo a los fines de recuperar la propiedad perdida un propietario quiritario o de Derecho Civil, pues por una ficción suponía que el tiempo de la usucapión ya había transcurrido, y se ordenaba al Juez que tuviera tal supuesto como cierto. Recuperada la cosa, volvía a ser un propietario *bonitario*.

En la época de Justiniano, desaparecidos los medios solemnes de transmisión del dominio y el *dominio in bonis*, la acción Publiciana se transformó en una acción real que tenía el poseedor de buena fe que estaba transcurriendo en su usucapión, o por ejemplo en el caso del enfiteuta.

³Di Pietro, Alfredo Derecho Privado Romano, Editorial De Palma, año 1996. Pág 256

⁴Di Pietro, Alfredo Derecho Privado Romano, Editorial De Palma, año 1996. Pág 256

⁵<https://derecho.laguia2000.com/derecho-romano/accion-publiciana>

III.-

APLICACIÓN DE LA *ACTIO PUBLICIANA* EN EL DERECHO ROMANO.-

Mientras el poseedor estaba poseyendo con la finalidad de usucapir, todos los interdictos y acciones destinados a proteger esta posesión le eran aplicables pues se trataba de una posesión legal. Pero si por algún motivo perdía el poseedor la posesión antes que la usucapión o la prescripción fuesen consumadas, entonces, según el derecho estricto, no siendo ya poseedor, no gozaba de protección y no siendo tampoco propietario según el derecho de los *quirites*, no tenía acción de reivindicación, es decir su pérdida era irreparable. Al intentar la acción sucumbía por no poder probar la legitimidad de su adquisición.

Para reparar esta injusticia un pretor llamado *Publicius* no vaciló en conceder una protección que la equidad y la seguridad de las transacciones sociales exigían. Con este fin creó en favor de ese poseedor una acción fundada en una ficción, llamada acción *publiciana* (*publiciana in rem actio*).⁶

No existen noticias relativas a este pretor. Cicerón en *Pro Cluentio*, nos dice que sostuvo un pleito ante un pretor Q. Publicius. La más antigua mención de esta acción se encuentra en Neracio Prisco. En virtud de tal acción, cuya fórmula fue dada por Gayo: “... (*Octavius*) *Iudex esto: si quem hominem Aulus Agerius emit, et is eum tradidit, et si eum non possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ius ex iure quiritium esse oportere, neque is homo arbitrio tuo Aulus Agerius restituetur; quantie res erit, Numerium Negidium Aulus Agerius condemnato: s. n. p. a....*”

(...“El juez ha de obrar así; quién fue, Aulo AGERIUS si usted compró una casa, y él se la entregó a él, en el año en que los había poseído, y también cuando envió a un hombre, de quien va a ser el tema del derecho de los ciudadanos? sería necesario, tampoco lo hizo este hombre, al arbitrio de Aulo, sería condenado...”)

Ante el hecho de que quien había sido privado de la cosa no tuvo tiempo de usucapirla, se fingía que el mismo había llegado a usucapir la cosa, cuando en realidad el tiempo para que esta operase sólo había comenzado. De este modo la acción *publiciana* daba a su titular un instrumento de la misma eficacia que la acción reivindicatoria, concedida al propietario civil.

⁶ La acción *publiciana* y su recepción en el derecho civil argentino, de Rosa Luz Casen e Susana Isabel Estrada, publicado originalmente por la Universidad Nacional de Tucumán.

Como consecuencia de este beneficio, el propietario *bonitario* quedó equiparado al propietario quirritario y a partir del siglo III d. C. al derecho *bonitario* se lo designa también como *dominium* o *proprietas*. Luego en la legislación de Justiniano desapareció toda distinción y no había más que un solo tipo de propiedad en el derecho nuevo.

Posteriormente, se hizo extensiva la aplicación de la acción publiciana a la *bonaefideipossessio*. Como éste era un medio de adquirir para aquel que había obtenido *ex iusta causa* una cosa de quien no era su propietario, la fórmula creada para el propietario *bonitario*, se aplicó al poseedor de buena fe que estaba en vías de usucapir y esta aplicación ha sido conservada en la compilación justiniana en estos términos: “...*Si quis id quod traditur ex iusta causa, a non domino, et nondum usucaptum petet, iudicium dabo...*”

“...*Si un hombre está dictado por una causa justa de lo que es, pero no es su señor, y sin embargo no han usucapiado lo que pide, voy a dar a juicio del...*”

No obstante prevalecieron las diferencias que separaban a las dos instituciones, en el sentido que la acción publiciana del propietario *bonitario* era tan absoluta como la acción de reivindicación concedida al propietario civil y podía ser intentada contra cualquiera, mientras que el *bonaefideipossessor* sólo podía servirse de la acción contra los que tenían un derecho inferior al suyo. La posesión de buena fe no exigía en el poseedor, más que una adquisición *ex iusta causa* y este requisito no tardó en dominar en esta materia.

De esta manera en el derecho nuevo, la acción publiciana aparece siempre como una *utilis in rem actio*. Tratándose la acción publiciana, de una reivindicación útil, jugaban las normas de ésta, respecto a las partes, al objeto y a los efectos jurídicos que la misma traía aparejados.

Dicha acción, podía tener por objeto toda cosa susceptible de ser reivindicada siempre que su usucapición no estuviera prohibida por la ley.⁷

Le competía a aquel que había adquirido la cosa en virtud de una justa causa y que se encontraba privado de la posesión de ella. Por lo tanto el demandante debía probar su adquisición y la posesión por parte de otro (el demandado). En lo relativo a la primera probanza, originariamente, como ya lo dijimos *ut supra*, la acción publiciana, igual que la *exceptio rei venditae et traditae* se daba sólo a favor del que había adquirido la cosa como consecuencia de una venta. Pero más tarde se extendió a todo el que había obtenido la posesión de la cosa de una manera no viciosa, con justa causa y aún a título gratuito.

⁷La acción publiciana y su recepción en el derecho civil argentino, de Rosa Luz Casen e Susana Isabel Estrada, publicado originalmente por la Universidad Nacional de Tucumán.

También se admitió el ejercicio de esta acción, a favor de quien tenía una justa causa de adquisición, sin exigírsele que hubiera tenido la posesión de la cosa, aunque este supuesto sólo se aplicaba a algunos casos excepcionales en los que expresamente el título en que se fundaba el demandante, era específico para transmitir la propiedad sin la toma de posesión. Tal aplicación extensiva de la acción publiciana es muy discutida sostiene Maynz aunque se invoca dice, el axioma indiscutible enunciado en un fragmento del Digesto: “*Sine possessione usucapio contingere non potest*”;

“...Sin adquisición de tierras no puede suceder...”

Pero tal argumento, continúa sosteniendo el autor, muy valioso en los orígenes de la institución, pierde todo valor en el derecho nuevo.

La aplicación extensiva de la mentada acción está en perfecta consonancia con el desenvolvimiento de la institución; salvo en aquellos casos en que se trate de legados, fideicomisos o donaciones por causa de muerte, en los que sí se requería para ejercitarla, que la cosa haya estado efectivamente en poder del accionante, porque sin tal requisito, no existiría la causa en la que se fundara la creencia de haber llegado a ser propietario.⁸

El edicto sólo exigía una justa causa de adquisición. Estando probado el justo título, el demandante no tenía necesidad de probar su buena fe, la que se presumía y era requerida sólo en el momento de la adquisición. De tales exigencias podemos colegir que el demandante en la acción publiciana se encontraba en una posición mucho más ventajosa que el demandante en la reivindicatoria, quien además del justo título de su adquisición, debía probar el derecho de propiedad de sus autores siempre que hubiera adquirido la cosa de un modo derivativo.

Por eso, el propietario muchas veces ejercitaba la acción publiciana ya sea directa, o conjuntamente con la acción reivindicatoria en orden subsidiario. Nada le impedía que ejercitara la publiciana después de haber sucumbido la reivindicatoria.

Más tarde se exigió también buena fe, pero solamente para las adquisiciones derivadas; pero como éstas eran las más numerosas, terminó por generalizarse tal exigencia. Y desde la época clásica ya se admitió como regla general que toda usucapión exigía la confluencia de dos condiciones: *iusta causa* o *iustus titulus* y *bona fides*.⁹

⁸ ¿Continúa la transfusión del Derecho Romano en la Argentina?, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y C. Sociales, Tucumán, 1985, N° 26

⁹ La acción publiciana y su recepción en el derecho civil argentino, de Rosa Luz Casen e Susana Isabel Estrada, publicado originalmente por la Universidad Nacional de Tucumán.

La segunda cuestión que debía probar era la posesión de la cosa reclamada por parte del demandado, porque justamente este hecho era el que constituía la lesión del derecho del demandante. El propietario que estaba en posesión de la cosa no tenía permitido ejercitar la acción reivindicatoria, porque el demandado le cuestionaba su derecho de propiedad. Para suplir esta falta, Gayo aconsejaba que el propietario lesionado en su derecho examinara si estaba en condiciones de ejercitar los interdictos posesorios y aún después de haber intentado la acción reivindicatoria, tenía todavía la posibilidad de intentar el interdicto.

La acción publiciana igual que la reivindicatoria, podía intentarse contra todo poseedor, contra el simple detentador y contra el *fictuspossesor*. Pero para que ésta prosperara, el derecho del demandante tenía que ser superior al del demandado, y por ende tal acción no podía prosperar contra el verdadero propietario. Contrariamente cuando la acción se intentara contra el poseedor sin título o sin buena fe prosperaría sin inconvenientes. Ahora bien cuando ambos poseían *ad usucapionem* la acción debía prosperar a favor de aquel a quien se hizo primero la tradición, o en su defecto se daba prioridad al que estaba en posesión.

10

El principio de la acción publiciana acabó por extenderse a todas las adquisiciones de derechos reales *ex iusta causa*, aún a los casos en que la adquisición no podía servir de base para la usucapión. Así se aplicó a los fundos provinciales y a las servidumbres en la época en que estos fundos y estos derechos no podían adquirirse por usucapión, a los derechos de enfiteusis y de superficie que nunca en el derecho romano, han podido usucapirse y también a los derechos de prenda e hipoteca respecto de los cuales no se puede imaginar ningún derecho de usucapión.

En las servidumbres, la acción confesoria llamada *petitioservitutis*, que tenía por objeto hacer reconocer por el demandado el derecho reclamado por el demandante, se ejercitaba como publiciana por aquel que solamente era poseedor de buena fe de la servidumbre que reclamaba, o que teniendo el derecho de servidumbre prefería intentar la publiciana porque habría sido de prueba más fácil.

El principio de la acción publiciana podía aplicarse a la acción negatoria. Nada parecía oponerse aunque las leyes no contienen norma al respecto, sostiene Maynz⁷. Entre las acciones con las que se podía proteger el derecho de enfiteusis también estaba la publiciana como una acción útil que se otorgaba al que de buena fe se encontraba en posesión de un

¹⁰ Arangio Ruiz, Vincenzo, Historia del Derecho Romano, tr. F. De Pelsmacker e Ibañez, Madrid, Reus, 1943. pág 143-145

fundo en el cual, el que no era propietario le había constituido una enfiteusis. Si bien no se exigía la tradición para constituir el derecho de enfiteusis, pues la *actio in rem* competía a los arrendatarios enfiteúticos, aquella sí era requerida para ejercitar la acción publiciana.

El derecho de superficie en un principio sólo estaba protegido por las acciones personales que el superficiario podía tener respecto del cedente. Pero el pretor para proteger el goce de la superficie contra atentados exteriores, creó un interdicto de *superficiebus* y para cuando la concesión hubiese sido hecha a perpetuidad o por un tiempo muy largo concedió una *utilis in rem actio*. Esta acción estaba en todo conforme con la *actio vectigalis* y se admitió ejercitarla como publiciana. También para la protección del derecho de hipoteca, la acción hipotecaria se concedía como publiciana, a quien sin exigirle probar que la persona que había constituido la hipoteca era propietaria, justificaba por lo menos una posesión *ex iusta causa* por parte de esa persona. En el caso en que las dos partes hubieran tenido ambas su derecho de un poseedor de buena fe, correspondía aplicar la misma distinción, expuesta ut supra, que se hacía en la acción publiciana, destinada a reivindicar una cosa corporal.¹¹

IV.-

EFFECTOS Y FINALIDAD DE LA *ACTIO PUBLICIANA IN REM* EN EL DERECHO ROMANO.-

El fin y los efectos de la acción reivindicatoria y de la publiciana son poco menos que idénticos; pero difieren esencialmente en que el promovedor de la primera debe probar la propiedad, mientras que el de la segunda cumple con la prueba de haber adquirido una posesión hábil para la usucapión.

Y como quiera que la acción publiciana se apoya en la ficción de tener usucapida la cosa, quien sólo se halla en condiciones para usucapirla, es natural que no se aplique dicha acción a las cosas sustraídas a la usucapión y que requiera todas las demás condiciones exigidas para la usucapión ordinaria, esto es, la buena fe y el justo título.

Existe otra diferencia con relación a la persona del demandado: en efecto, mientras la reivindicación puede ejercitarse contra cualquier detentador, la acción publiciana sólo puede ser dirigida con éxito contra el detentador de la cosa sin título o con título inferior al del demandante. Si el convenido tiene sobre la cosa un derecho más fuerte o igual al del actor,

¹¹ Arangio Ruiz, Vincenzo, Historia del Derecho Romano, tr. F. De Pelsmacker e Ibañez, Madrid, Reus, 1943. pág 145

puede, mediante una excepción, rechazar la acción publiciana. Derecho más fuerte es el del propietario; tiene, en cambio, derecho igual el que adquirió también la cosa con buena fe y justo título. En este último caso es necesario distinguir si las partes adquirieron la cosa del mismo o de distintos causantes: en la segunda hipótesis es mejor la condición del actual poseedor; en la primera, por el contrario, vence el que antes obtuvo la tradición de la cosa, aun cuando de presente carezca de la posesión.¹²

V.-

CONCLUSIÓN: INFLUENCIA EN EL DERECHO ARGENTINO.-

La protección de la posesión es uno de los derechos centrales de nuestro ordenamiento jurídico, y no es casualidad que se le asigne un rango constitucional al mismo.

Para analizar la influencia del instituto de la *actiopubliciana in rem* en el derecho argentino, haremos primero la diferenciación entre el Código Civil de Vélez y el actual Código Civil y Comercial.

Si bien la terminología usada en el derecho romano no coincide exactamente con la empleada en nuestro viejo Código Civil, es indudable la recepción en esta materia. Así el derecho romano utilizó para referirse a las diferentes clases de posesión, voces como *possessio ad usucapionem*, *possessionaturalis*, *naturalispossessio*, *iustapossessio*, a las que Vélez Sarsfield no recurrió. Es evidente que toda la materia referida a la posesión está impregnada del derecho de Roma. Así los elementos constitutivos de la posesión en el derecho romano coinciden con la definición de posesión que da el Art.2351 del Código Civil de Vélez Sarsfield: “...*Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad...*”. En efecto, en esta norma se hace referencia a los elementos integrantes del instituto posesorio, cuáles son el corpus y el animus, cuya reunión fue considerada necesaria en el derecho romano para que produjera efectos jurídicos. La influencia romana es innegable y coincide en este punto con la concepción romana de la posesión. En cuanto a la clasificación de la posesión nuestro codificador, como lo adelantamos, si bien no sigue exactamente la terminología romana utiliza criterios semejantes para clasificar este instituto.

La primera clasificación de la posesión que contiene nuestro viejo Código Civil en legítima e ilegítima, surge del art. 2355, definida la primera, en la primera parte de esta norma: “...*La posesión será legítima, cuando sea el ejercicio de un derecho real,*

¹²<http://www.derechoromano.es/2015/08/accion-publiciana-romana.html>

*constituídode conformidad a las disposiciones de este código...”. Esta definición de posesión legítima hace referencia a la posesión ejercida por quien tiene derecho a hacerlo, contemplando algo semejante a la *iustapossessio* del derecho romano, que al estar fundada en una *iusta* causa gozaba de la más amplia protección. También Vélez tomó la división de la posesión de los romanos en posesión de buena y de mala fe circunscribiéndose esta clasificación a la posesión ilegítima, atento a que respecto de la legítima carece de sentido hablar de buena o mala fe. Es el art. 2356 del Código Civil el que prevé esta clasificación de los romanos: “...*La posesión puede ser de buena o de mala fe...*”. Igualmente nuestro codificador recoge también el concepto romano de posesión iniusta o viciosa en los arts. 2364 al 2368, que contemplan la posesión que se tiene mediante violencia (vi); en los arts. 2369 al 2371, mediante clandestinidad (clam) y en los arts. 2372 y 2364, por abuso de confianza (precario). En cuanto a lo que los romanos consideraron como *quasipossessio* o posesión de derechos ejercida sobre cosas incorpóreas, nuestro codificador, si bien la excluye del esquema del digesto velezano como categoría de posesión, la define en la nota al art. 240 “...*Esta cuasiposesión de un derecho consiste en el goce que tiene aquel a quien pertenece...*”.*

También en la nota al art. 2351 hace referencia a la misma institución: “...*Se ha considerado como poseedor de una servidumbre al que ejerce los poderes contenidos en el derecho de servidumbre. Esta es la *iuris possessio* o la *quassipossessio*...*” Equivalentemente hace referencia a la terminología romana de *quassipossessio* en el art. 2361, único en el que la toma expresamente. Va de suyo que la influencia romana es evidente e indiscutible, incluso en la sinonimia terminológica usada en las notas.¹³

En el nuevo Código Civil y Comercial, vigente desde el año 2015, la *actiopubliciana in rem* no se encuentra vigente de manera expresa al menos. Sin embargo se sostiene el espíritu de la misma en las acciones posesorias reguladas en los artículos 2238 a 2246 y en este último dispone que las acciones posesorias tramiten por el proceso de conocimiento más abreviado que establecen las leyes procesales (en el Código Procesal, se prevee el proceso sumarísimo, para estas herramientas) o el que determine el juez, atendiendo a las circunstancia del caso.

Estas acciones posesorias, tienen la cualidad de permitir la tutela jurisdiccional de la mejor posesión, de entre todas las que compiten por legitimarse como tal. Constituye la defensa de la mejor de todas las posesiones en disputa. Y esta mejor posesión, no es otra, que

¹³ La acción publiciana y su recepción en el derecho civil argentino, de Universidad Nacional de Tucumán

la que se haya en trance de usucapir; la misma pues, que en el Derecho Romano, lo era la *possessio ad usucapionem*.

De tal forma, y a la par de ello, la regulación de los interdictos posesorios, en los códigos procesales se ha debilitado y adquiere un efecto secundario pues su trámite, en la mayoría de los casos se identifica con las acciones posesorias.¹⁴

BIBLIOGRAFIA:

- Arangio Ruiz, Vincenzo, Historia del Derecho Romano, tr. F. De Pelsmacker e Ibañez, Madrid, Reus, 1943
- Di Pietro, Alfredo, Derecho Privado Romano, Editorial Depalma año 1996.
- Gordillo Ramirez, Carlos Enrique, ensayo sobre “¿Cuál es la importancia del Derecho Romano en la Actualidad?”, año 2014
- Casen Rosa Luz y Estrada Susana Isabel, Ensayo sobre La acción publiciana y su recepción en el derecho civil argentino, de Universidad Nacional de Tucumán.
- Maynz Carlos, Curso de Derecho Romano, Editorial La Ley. Año 1982
- Von Ihering, Rudolf, El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo, tr. E. Príncipe y Santores, Madrid.
- <https://derecho.laguia2000.com/derecho-romano/accion-publiciana>.
- ¿Continúa la transfusión del Derecho Romano en la Argentina?, Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y C. Sociales, Tucumán, 1985, N° 26.
- <http://www.derechoromano.es/2015/08/accion-publiciana-romana.html>
- <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/06/Doctrina1273.pdf>

¹⁴<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/06/Doctrina1273.pdf>